



QUAESTIO FACTI: UMA CRÍTICA À TEORIA FUNDERENTISTA DE SUSAN HAACK

Marcelo Meireles Lobão¹

RESUMO: O funderentismo, teoria epistemológica concebida por Susan Haack, baseia-se na noção de inferência justificada. A teoria tem perfil conciliador: integra a ideia de processo de partes com uma perspectiva que não repele a interação do juiz com a prova. Haack é representante do realismo moderado, o qual se contrapõe ao relativismo filosófico pós-moderno, que nega a possibilidade de juízos cognitivos de aproximação da verdade. Mas a teoria não é isenta de críticas, notadamente a fragilidade da concepção coerencial. O critério independência-multiplicidade de fontes de prova, aliado ao método de encadeamento inferencial (Toulmin), apresenta-se como uma via epistêmica mais promissora

Palavras-chaves: epistemologia jurídica, verdade, processo, *standard* de prova

QUAESTIO FACTI: A CRITIQUE OF SUSAN HAACK'S FOUNDHERENTISM

ABSTRACT: Foundherentism, the epistemological theory conceived by Susan Haack, is based on the notion of justified inference. The theory has a conciliatory profile: it integrates the idea of process of parts with a perspective that does not repel the interaction of the judge with the proof. Haack is a representative of moderate realism, which contrasts with postmodern philosophical relativism, which denies the possibility of cognitive judgments for the approximation of truth. But the theory is not exempt from criticism. The criterion of independence-multiplicity of sources of evidence, coupled with Toulmin's argument model, is presented as a more promising epistemic approach

Keywords: Legal epistemology; truth; trial; standard of proof

¹ Juiz Federal. Exerceu as funções de Juiz Corregedor da Penitenciária Federal de Porto Velho e de Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária de Mato Grosso. Foi Promotor de Justiça e Procurador de Estado em Goiás. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Pós-graduado em Direito do Estado e Ciências Criminais, com formação em metodologia do ensino jurídico. Além de artigos e trabalhos científicos, publicou o livro *A responsabilidade do Estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade*, pela Editora Malheiros (2008). Endereço eletrônico: meireles.lobao@gmail.com



INTRODUÇÃO

O objetivo desse estudo é realizar uma análise crítica acerca da teoria epistêmico-jurídica reproposta por Susan Haack em *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica* (HAACK, 2013).

A própria autora denomina sua teoria de “funderentismo”, um neologismo derivado das expressões comumente utilizadas para designar duas correntes epistemológicas antagônicas: o coerentismo e fundacionalismo. A primeira baseia-se na ideia de que um enunciado será verdadeiro se integrar um conjunto coerente de proposições fáticas. Parte de uma visão algo cética, quer quanto à existência de fenômenos empíricos independentes do sujeito cognoscente, quer quanto à possibilidade de se produzirem conhecimentos seguros acerca dessa realidade. Taruffo (2012, p. 97) alude a essa concepção construtivista ou “radicalmente contextualizada da verdade” como conhecimento circular ou em rede.

O fundacionalismo, por sua vez, assenta-se em uma noção oposta: do ponto de vista metafísico, prega que existe um *mundo real*. Sob a perspectiva gnosiológica, os fundacionalistas sustentam que o conhecimento objetivo acerca dos elementos constitutivos do mundo – as crenças básicas – está ao alcance do sujeito cognoscente, embora sem a pretensão de que esse conhecimento seja infalível (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 50; TARUFFO, 2012, p. 95)².

A menção acima ao termo “reproposta” se justifica porque a autora havia apresentado e desenvolvido a teoria funderentista em trabalhos publicados em anos anteriores (HAACK, 1993; HAACK, 1998; HAACK, 2003; HAACK, 2009).

É importante ter presente que o funderentismo não está circunscrito ao direito, muito menos ao direito processual penal. Trata-se de uma contribuição importante para o conhecimento científico como um todo e até mesmo para a atividade gnosiológica.

Afirma Michele Taruffo que o núcleo do funderentismo é a *inferência justificada* que, segundo ele, consiste na confirmação ou refutação do enunciado com base na prova e, eventualmente, em fatos secundários e na credibilidade da fonte da prova. Embora a abordagem adotada por Haack seja inovadora, o tema relativo ao método inferencial não é inédito, tendo sido objeto de percutiente análise por Toulmin (2003, p. 87-135). Recentemente, o estudo sobre a inferência probatória foi retomado por Daniel Gonzáles Lagier (GONZÁLES LAGIER, 2005, p. 53-74; TARUFFO, 2012, p. 238-239) e Marina Gáscón Abellán (2010, p.160).

² Os autores discorrem com muita clareza sobre a distinção entre coerentismo e fundacionalismo.



Seria uma empreitada impossível proceder a uma análise minuciosa e abrangente sobre todos os aspectos teóricos e técnicos do funderentismo e revisitar os diversos debates que têm suscitado nos domínios da epistemologia jurídica. Por isso, considerando os limites e o escopo do presente trabalho, ater-se-á a alguns poucos aspectos estruturantes da teoria, sobretudo no que se refere à sua repercussão no âmbito do processo penal.

Susan Haack é inglesa, mas desde 1990 mantém residência permanente nos EUA. Estudou Filosofia, Política e Economia em Oxford e é PhD em Filosofia pela Universidade de Cambridge. Desde aquele ano, leciona humanidades, filosofia e direito e coordena cursos de artes e ciências na Universidade de Miami. Autora de dezenas de livros e artigos sobre filosofia, epistemologia, direito probatório e Estado e religião, publicou em português *A espera de uma resposta* (2000), *Filosofia das lógicas* (2002), *Humanista Secular do Brasil* (2011), *Manifesto de uma Moderada Apaixonada* (2011), *Filosofia para dizer o quê?* (2012), *Liga fora de sintonia: a ética acadêmica em um ambiente prepóster* (2012) e *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito* (2015) (HAACK, 2017?a).

Os autores que mais inspiraram Susan Haack foram Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey, George Herbert Mead e Oliver Wendell Holmes (filosofia do direito). Outros autores importantes em sua formação foram Karl Popper e Richard Rorty (embora ela tenha procurado refutar as suas teorias), Samuel Butler (virtudes epistêmicas), Dorothy Sayers (feminismo) e Robert Heilbroner e Jacques Barzun (como escrever) (HAACK, 2017b).

1. RELEVÂNCIA DO FUNDERENTISMO

Se pudéssemos sintetizar em uma frase o pensamento de Susan Haack sobre o papel do processo penal como mediador dinâmico do exercício do poder punitivo do Estado, diríamos que a sua teoria é *integradora e conciliadora*. Em parte material e em parte formal, o funderentismo integra a ideia de processo de partes com uma perspectiva que não repele a interação do juiz com a prova (TARUFFO, 2012, p. 239). Por isso, suas reflexões descritivas e prescritivas não estão confinadas ao sistema adversarial puro e, de modo, geral, ao sistema de direito comum³. Disso resulta que as preocupações de Susan Haack podem ser partilhadas pelos

³ O modelo de processo penal vigente no continente europeu, e que se espalhou para os países sul-americanos, foi inspirado durante a Revolução francesa no sistema processual inglês, o qual, não sem razão, foi ao mesmo tempo berço do regime estadinudense e do “processo penal reformado” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 222-223; ESER, 1994). A origem comum de ambos os modelos realça a pertinência dos escritos de Haack para a realidade brasileira.



juristas que militam no sistema de matriz germânica, a despeito das diferenças entre este e o sistema anglo-americano.

Como quer que seja, é preciso admitir que o tom crítico empregado por Haack tem em mira precipuamente o “peculiar” modelo adversarial vigente nos EUA (DAMASKA, 2015, p. 19). Veja-se que a metáfora das palavras cruzadas, a que ela lança mão para ilustrar as falhas estruturais do processo penal e prescrever uma alternativa epistemicamente mais eficaz, giza uma característica indissociável do modelo anglo-americano: a relevância excessiva concedida à coerência da narrativa como método para produzir conhecimento sobre o “recorte da realidade” que interessa ao direito penal material (SCHÜNEMANN, 2013, p. 244).

Sabe-se que o modelo de investigação judicial é menos condicionado e limitado pela ação das partes, e isso, em certo sentido, reduz a margem de manobra que elas têm sobre o resultado da produção probatória e avulta a liberdade e a responsabilidade do juiz na atividade de fixação dos fatos. Sendo assim, a aposta que a acusação e defesa podem eventualmente fazer na estratégia retórica, para contrabalancear teses ancoradas nos fatos, possui eficiência relativamente menor⁴. De outro lado, o direito norte-americano estabelece controle meramente indireto sobre a *veracidade* das narrativas processuais, o que é feito por meio de regras que buscam instituir o *fair trial* e impedir a manipulação desleal da apuração dos fatos, como a proibição da apresentação intempestiva de provas e ocultação de provas e a perda de direitos processuais (MESQUITA, 2010, p. 34 e nota)⁵.

2. REALISMO CRÍTICO

⁴ A nosso juízo, o equilíbrio entre acusação e defesa, sobretudo no processo penal brasileiro, só será alcançado se for instituída uma defesa técnica real e efetiva na fase de investigação pré-processual, inclusive por meio da outorga de poderes requisitórios de produção de prova ao advogado. A substituição do bom e velho modelo de investigação judicial alemão pelo *adversarial system* representaria um enorme retrocesso em razão do sacrifício que provocaria à vocação do processo para a averiguação (aproximativa) dos fatos e à solução do conflito por meio de decisões tendencialmente justas. Segundo Schünemann, “E é precisamente nesse sentido que o modelo norte-americano, puramente adversarial, apresenta fraquezas viscerais, que podem ser atribuídas ao modelo específico do tribunal do júri. De fato, é comum escutar a tese de que é precisamente o modelo adversarial e sua institucionalização de tese e contra-tese que está em melhores condições de fazer emergir a verdade como uma síntese. Ocorre que esse argumento é evidentemente incorreto desde o ponto de vista da teoria e da psicologia da informação, e isso pode ser demonstrado em três níveis distintos [...]” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 228 e ss).

⁵ Conforme explica o autor, no sistema adversarial, a justiça baseia-se marcadamente na ética individual. Nos EUA, tem-se buscado corrigir as falhas do modelo exigindo-se “uma ética da verdade” aos procuradores, o que é perigoso.



A proposta de Haack é, como referido, conciliadora das vertentes formal e material de *verdade*, que – convém advertir desde logo – não se confunde com verdade absoluta ou real⁶. Não sem razão Taruffo e Mesquita afirmam que ela é representante do realismo moderado ou crítico (MESQUITA, 2010, p. 27), o qual se contrapõe ao relativismo filosófico, muito presente nos discursos pós-modernos subjetivistas e construtivistas, que nega por completo a possibilidade de juízos cognitivos de *aproximação* da realidade histórica.

Nesse ponto, o pensamento de Susan Haack é irreparável. Se, por um lado, é correto afirmar que é impossível alcançar uma verdade absoluta ou real no âmbito do processo, de outro, cumpre reconhecer que a imposição da pena depende de um conhecimento seguro de que a norma penal fora infringida, de modo que o direito não pode abdicar-se de uma suficiente aproximação da realidade factual em torno do suposto fato e do suposto autor, desde que respeitadas as regras do jogo⁷.

Nessa perspectiva, dois temas despontam nos trabalhos de Susan Haack: o sistema adversarial é eficiente para estabelecer a verdade? Do ponto de vista epistêmico, é adequado proibirem-se certas provas?⁸

No texto, Haack dedica grande parte de sua argumentação para realizar uma crítica contundente do probabilismo jurídico. Contudo, a abordagem acerca dessa construção teórica, assim como a análise de dois casos concretos (Commonwealth vs. Sacco e Vanzetti, People vs. Collins) serviram apenas como pano de fundo para que ela pudesse explanar o seu pensamento sobre a via epistemicamente mais adequada para a determinação dos fatos no âmbito judicial e sobre os *standards* de prova (HAACK, 2013, p. 66).

3. EIXOS DA TEORIA FUNDERENTISTA

Susan Haack (2013, p. 65-74) constrói a sua linha de raciocínio em três eixos: o conceitual, sobretudo em dimensão objetiva; os *standards* e o juízo de confirmação. O primeiro se refere ao juízo de confirmação das alegações das partes (imputação e defesa), formado a partir da inferência autorizada; o segundo, aos padrões de exigência dos meios de prova, e o

⁶ Conforme lembra Paulo Mesquita, a concepção de verdade material surgiu como contraposição ao sistema de prova legal e se caracteriza por conferir à apuração do facto uma dimensão epistêmica aliada a um componente político. O conceito não pode ser dissociado da opção, nos sistemas de origem romano-germânica, de outorgar a juízes profissionais o poder de decidir sobre matéria fática (MESQUITA, 2010, p. 28 e nota).

⁷ Para Schünemann (2013, p. 228), a “investigação da verdade material representa o objetivo central e valor maior em qualquer processo penal”.

⁸ A autora retoma esses dois temas em trabalho recente (2016).



terceiro compreende tanto os elementos sensoriais como o discurso puramente racional (coerente), com ênfase nos primeiros.

É importante pontuar desde logo que a sua preocupação não gravita sobre a teoria metafísica da verdade, isto é, sobre *o que é* a verdade. As observações de Susan Haack centram-se na epistemologia da verdade, ou, em termos sintéticos, em *como* conhecer a verdade⁹.

Como dito, a autora não incorre no equívoco de defender que haja, no mundo físico, verdades absolutas e incontrastáveis, verdade real ou *Verdade* com “V” maiúsculo (TARUFFO, 2012, p. 95)¹⁰. Essa é uma das razões pelas quais é ela tão avessa à transposição da lógica cartesiana ou do probabilismo matemático para o âmbito do direito.

De todo modo, Haack adverte que, conquanto não seja possível atingir-se um conhecimento absoluto sobre os fatos, está ao alcance do ser humano obter um conhecimento aproximativo da verdade. Daí o emprego da expressão *warrant* (confirmação) relativamente à proposição: a descrição dos fatos pode ser mais ou menos confirmada. Certeza dá lugar à crença, no sentido filosófico, que pode variar entre o implausível e o “digno de aceitação” (Russell). Em síntese, o conhecimento acerca da realidade histórica é graduável.

Por conseguinte, considerando o sentido objetivo e graduável que ela atribui ao conhecimento sobre fatos, é preferível traduzir o termo utilizado pela autora ao se referir ao *conhecimento proposicional* – no original, *warrant* – pelo termo *confirmação* (HAACK, 2014; MURCHO, p. VII-LXI e XXXI).

A citação de Bertrand Russell, no prólogo, não é fortuita. Crítico do ceticismo, o pensamento do filósofo inglês é companhia constante nas reflexões de Haack. A inspiração fica evidente na seguinte passagem: “É claro que é possível que todas ou qualquer uma das nossas crenças possa estar errada, e consequentemente todas devem ser adoptadas com pelo menos um ligeiro elemento de dúvida. Mas não podemos ter *razão* para rejeitar uma crença excepto com base noutra crença qualquer” (RUSSELL, 2017, p. 87).

Ingressando na problemática dos padrões de prova, ela não se detém na discussão da mera hierarquização dos *standards* probatórios. Sua preocupação vai além. A primeira hipótese aventada por Haack é a de que *indícios ou suspeitas razoáveis, prova clara e convincente, prova preponderante, além de uma dúvida razoável*, enfim, os *standards* de prova comumente utilizados no direito processual norte-americano diferenciam-se mais pelo poder intrínseco ou

⁹ Para distinção entre teoria metafísica da verdade e teoria epistemológica da verdade, cf. Murcho (2017, p. LII) e mais especialmente Russell (2017, p. 180 e ss).

¹⁰ Para um análise sobre o auge e declínio da “Verdade”, cf. Prado (2012, p. 11-69).



peso das provas do que pelo grau de crença dos jurados, “mais ou menos elaborada” (MURCHO, 2017, p. XV), na representação dos fatos.

Portanto, a preponderância que a autora confere à dimensão objetiva da prova – a que se pode designar como “coerência externa” – faz dela representante da epistemologia realista moderada.

A metáfora das palavras cruzadas serve para enaltecer a feição conciliadora de sua doutrina. No seu entender, há imbricação entre os elementos sensoriais e a coerência do discurso na determinação dos fatos. Para Susan Haack, o processo é o cenário em que as partes reconstroem os fatos passados relevantes para a solução da causa, tanto por meio do conhecimento por contato ou empírico, quanto pela racionalidade e logicidade do enredo.

Sabe-se que o falso pode ser coerente ou incoerente, e o ser coerente não o torna necessariamente verdadeiro. Mas diante da inaptidão do ser humano de produzir um conhecimento fiel de fatos que ocorreram no passado distante¹¹, e diante das limitações ao emprego de certos meios de prova e restrições de tempo (HAACK, 2014, p. 74), recorrer à razão e à presumida capacidade do julgador de produzir inferências com base nas experiências acumuladas é, no seu entender, uma via adequada.

Ao seguir essa perspectiva, a autora retoma ideias de Bertrand Russell (2017, p. 181) que, no início do século passado, já afirmava “[...] a verdade ou falsidade de uma crença depende sempre de algo que está fora da própria crença”¹².

Pelo que ficou demonstrado até aqui, a metáfora das palavras cruzadas nada mais é do que um recurso didático para explicar uma teoria epistêmica prescritiva que atribui relevância

¹¹ “O caso da memória, contudo, levanta uma dificuldade, pois é notoriamente falaciosa, e por isso põe em dúvida a fidedignidade dos juízos intuitivos em geral [...]. Se a casa do lado foi atingida por um raio há meio minuto, a minha memória do que vi e ouvi será tão fidedigna que seria disparatado duvidar que houve realmente um relâmpago. E o mesmo se aplica a experiências menos vividas, desde que sejam recentes. Tenho a certeza absoluta de que há meio minuto estava sentado na mesma cadeira em que estou agora sentado. Recuando no dia, descubro coisas de que estou perfeitamente certo, outras de que estou quase certo, outras de que posso ficar certo pelo pensamento e evocando circunstâncias associadas, e algumas de que não estou de modo algum certo. Tenho a certeza de que comi o pequeno-almoço esta manhã, mas se eu fosse tão indiferente ao pequeno-almoço como um filósofo deve ser, teria dúvidas [...]. Assim, há uma gradação contínua no grau de auto-evidência do que me lembro, e uma gradação correspondente na fidedignidade da minha memória” (RUSSELL, 2017, p. 175-176).

¹² Confira-se a passagem completa: “[...] a verdade ou falsidade de uma crença depende sempre de algo que está fora da própria crença. Se eu acredito que Carlos I morreu no cadafalso, acredito numa verdade, não por causa de qualquer qualidade intrínseca da minha crença, que possa ser descoberta examinando apenas a crença, mas por causa de um acontecimento histórico que se deu há dois séculos e meio. Se eu acredito que Carlos I morreu na cama, acredito falsamente: nenhum grau de vivacidade da minha crença, ou cuidado na formação da crença, impede que seja falsa, uma vez mais por causa do que aconteceu há muito tempo, e não por causa de qualquer propriedade intrínseca da minha crença. Logo, apesar de a verdade e a falsidade serem propriedades que dependem das relações das crenças com outras coisas, e não de qualquer qualidade interna das crenças. O terceiro dos requisitos anteriores conduz-nos a adotar a perspectiva – que tem sido em geral a mais comum entre os filósofos – de que a verdade consiste em alguma forma de correspondência entre crença e fato”.



ao conhecimento por contato e à coerência interna da narrativa na determinação dos fatos a julgar. Daí as expressões “integração explicativa” e “funderentismo” (*foundherentism*), formuladas pela autora (HAACK, 2014, p. 79; MURCHO, 2017, p. XXXIII e XXXIV). Dizer que um fato baseia-se em uma crença justificada (Platão) significa que a proposição é formal e materialmente *aceitável*. Quanto mais lógico e coerente for a explicação e mais provas sensoriais independentes – não exatamente em termos quantitativos – apoiarem-na, maior será o grau de aceitação da afirmação. Mas tudo isso tem de ser sopesado tendo em conta a distribuição do ônus de produção da prova, o qual funciona como um peso ou contrapeso na balança a favor de quem não suporta o encargo (HAACK, 2014, p. 81).

4. OBJEÇÕES AO FUNDERENTISMO

Não obstante a autora defenda abertamente que somente haverá justiça substantiva se a decisão estiver baseada na verdade fática e que “os procedimentos probatórios não serão mais do que um teatro judicial se não forem capazes de chegar, com suficiente frequência, a vereditos faticamente corretos” (HAACK, 2016, p. 312), a sua opinião não é imune a críticas. Algumas objeções podem ser opostas tanto a aspectos estruturais como técnicos, a começar pela possível imbricação das abordagens metafísica e epistemológica da verdade.

Ao valer-se das perspectivas fundacionalista e coerentista como colunas mestras de sua teoria, a autora produz uma amálgama de teorias sobre *o que é a verdade* em vez de tentar explicar *como conhecer a verdade*. Veja-se que Russell situa o estudo sobre essas duas teorias antagônicas no capítulo que trata da verdade e falsidade (RUSSELL, 2017, p. 180). Na mesma linha, Gáscon (2010, p. 38-39), reportando-se a Kolakowski, escrevera que a coerência, entre outros critérios alternativos à *verdade como adequação*, apresenta-se não só como “critérios de verdade”, mas como definição de verdade; constitui não apenas critério de “aceitabilidade ou verdade das proposições”, mas também como “instrumentos gracias a los cuales las proposiciones consideradas se hacen realmente verdaderas”.

Em segundo lugar, a autora não esclarece por que a determinação dos fatos será epistemologicamente mais acertada se for o resultado da junção entre as crenças básicas e a coerência da narrativa.

A terceira objeção afeta uma das dimensões da estrutura procedimental que ela propõe: é preciso reconhecer que muitas vezes não existe apenas uma história coerente, mas várias (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 53). “Não há razão – afirma Russell (2017, p. 182) – para



supor que só é possível *um* corpo coerente de crenças [...]. Em matérias mais específicas, é certo que há muitas vezes duas ou mais hipóteses que dão conta de todos os factos conhecidos sobre um dado tema [...]”. Além disso, como não há limite à inventividade, não se descarta a possibilidade, por exemplo, de que nenhuma das propostas apresentadas no processo, embora internamente coerentes, corresponda ao fato. Nesse caso, no processo decisório, qual das perspectivas deverá prevalecer?

É certo que a autora não nega a influência do estado psicológico do julgador dos fatos, embora a coloque em segundo plano. Segundo Susan Haack, o juiz *tende* a demonstrar maior confiança, ao menos aproximativamente, na “força das provas” (2013, p. 71). Mas tal assertiva é de difícil, senão impossível comprovação. As discrepâncias entre os juízos de valor acerca de um mesmo fato – algo comum na práxis forense – revela que nem sempre o julgador demonstra essa tendência. Além do mais, a preponderância da qualidade da prova sobre o estado psicológico não pode ser estabelecida pela observação trivial de uma suposta repetição frequente de comportamentos de julgadores (RUSSELL, 2017, p. 122 e 124). Talvez aqui Haack (2013, p. 75) incida no mesmo equívoco do bayesianismo subjetivo que ela tanto critica¹³. Qual é o fundamento de que essa expectativa se repita no futuro?

É um erro também afirmar que a preponderância da dimensão objetiva da prova se extrai da leitura dos títulos designativos ou nomes dos *standards* de prova utilizados no sistema anglo-americano. Se se quer desenvolver uma teoria aplicável a ambos os modelos jurídicos (HAACK, 2013, p. 68), a prevalência do aspecto epistêmico não pode derivar dos *nomen iures* dos *standards* de prova ou do teor das *standard jury instructions* vigentes em solo americano. Além disso, os signos ou adjetivações utilizados em cada *standard* constituem uma mera convenção e não estão necessariamente atrelados ao seu conteúdo. Os adjetivos empregados, como “razoável” e “claro”, “convincente”, “crível”, “substancial”, por exemplo, são palavras equívocas. Como afirma a própria autora (2013, p. 70), “Ninguno de ellos há sido definido de manera precisa”. Se inexistente consenso quanto à *ratio essendi* dos padrões de prova, como afirmar que dos termos utilizados para designá-los pode se extrair a conclusão de que a força da prova prevalece sobre o estado psicológico do julgador? E *razoável* e *convincente* também comportam sentidos concernentes ao estado psicológico ou mental do julgador.

Definitivamente, a preponderância da dimensão epistêmica não se louva em arranjos linguísticos ou probabilidade de um certo comportamento do juiz. Abebera-se de outra fonte, a saber: é a prova do fato histórico, no sentido *aproximativo*, e não um mero discurso coerente,

¹³ Veja que a autora referencia “propensões” ao discorrer sobre probabilismo matemático.



convenções ou resultados adjudicados unicamente pela distribuição de ônus probatório que têm aptidão para (i) encerrar o conflito subjacente à causa, (ii) permitir a controlabilidade racional da decisão, (iii) conferir um mínimo de previsibilidade à solução judicial; e, (iv) enfim, alcançar uma solução substantivamente justa. Sendo assim, o sistema de determinação dos fatos tem que dar ênfase não exatamente à coerência do discurso ou estado psicológico do julgador, mas à aptidão de reconstituir aproximativamente a verdade dos fatos.

A autora reconhece que o objetivo último do processo é a solução do conflito sem abdicar do compromisso de produzir uma *solução justa*. A despeito das restrições de tempo e meios de prova admissíveis, segundo Haack (2013, p. 74), “un veredicto es substantivamente justo sólo si la resolución es fácticamente correcta: es decir, sólo si el acusado condenado por un delito es genuinamente el autor del mismo o sólo si el demandado declarado responsable del daño es genuinamente el responsable de haberlo causado”. Recentemente, ratificou esse posicionamento ao afirmar que “el objetivo del sistema jurídico de Estado Unidos [...] es resolver disputas de una forma sustantivamente justa”, ou seja [...] resolver disputas con base en las pruebas, con la esperanza de que esto permitirá, con bastante frecuencia, revelar la verdad” (2016, p. 325).

Além disso, a teoria não está isenta das críticas que são comumente desferidas ao coerentismo.

Em geral, os coerentistas sustentam que um enunciado, para ser verdadeiro, não precisa ser coerente com outro enunciado já aceito como verdadeiro. Basta que haja mútua concordância entre os enunciados (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 52). Susan Haack não deixa claro se a sua abordagem afasta-se dessa concepção algo hermética, a despeito de atribuir maior preponderância à dimensão objetiva dos elementos de convicção, isto é, peso ou qualidade da prova. Observe-se que ela defende o efeito inverso: a ausência de coerência entre as provas apresentadas pelas partes debilita o juízo preliminar baseado na prova sensorial. Isso fica evidente na seguinte passagem: “Cuanto mayor sea a la seguridad independiente de las razones *positivas*, la conclusión estará *más* avalada; pero, cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *negativas*, la conclusión estará *menos* avalada” (HAACK, 2013, p. 79).

Conforme se verifica, a autora sustenta que uma narrativa “segura” – *i.e.*, coerente – afeta a crença estabelecida pelo conhecimento por contato (observação direta). E quanto mais coerente for o discurso que contraria o conhecimento de base observacional, menos confiável este será, mesmo que todas as provas sensíveis sejam convergentes ou a narrativa que a elas se oponha seja absolutamente insólita. Desnecessário dizer que, nesse ponto, a concepção



funderentista pode levar a resultados os mais diversos, a depender da predisposição do juiz. Em poucas palavras, a autora não logrou preservar a sua concepção teórica das debilidades da teoria coerencial.

5. OBJEÇÃO À APLICAÇÃO DO FUNDERENTISMO AO PROCESSO PENAL

De fato, o apelo à coerência foi pensado a pretexto de suprir a imperfeição do processo de conhecimento e da incapacidade de o sujeito cognoscente de descrever objetivamente os elementos cognoscitivos, isto é, a realidade factual (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 51-52). No direito, o coerentismo e outras teorias alternativas à *verdade como correspondência* só assumem relevância na medida em que, embora sejam necessários critérios para a solução de casos judiciais que versem sobre fatos, o processo não tem aptidão para recompor fielmente acontecimentos passados¹⁴, seja porque esse conhecimento ontológico absoluto é impossível, seja porque o próprio direito limita ou veda a utilização de certos meios de prova¹⁵.

Enfim, é razoável que o direito faça concessões à finalidade tendencialmente epistêmico-objetiva do processo. Para não tornar a prestação jurisdicional fatigante, demorada e demasiadamente onerosa, nada mais adequado que o legislador conceba esquemas alternativos à averiguação da *quaestio facti*.

Contudo, o coerentismo e outras versões teóricas pragmatistas devem estar circunscritas a outros ramos do direito, como o processo civil. Ali é admissível que as partes partilhem igualmente os riscos de erro ou sejam adotados critérios puramente convencionais para a solução da controvérsia. Mas no âmbito penal, a lógica é diferente. Não se pode tolerar que o direito à liberdade se sujeite à maior ou menor capacidade do acusador e defensor de produzir uma narrativa coerente e persuasiva¹⁶, porquanto o risco de arbitrariedades será sempre maior. Parafraseando John Locke, se o fato possui “suprema dignidade”, no direito penal esse predicado é ainda mais altivo. O empirismo ou conhecimento por contato naturalmente pesa mais nos processos que lidam com o *status libertatis*¹⁷, enquanto nas

¹⁴ Gascón (2010, p. 27) afirmou que “sólo podemos hablar acerca del mundo a través de nuestros esquemas conceptuales sólo significa que nuestras representaciones del mundo real son siempre parciales e incompletas”.

¹⁵ Sobre os limites na produção de prova penal, cf. Valente (2015, p. 125-150).

¹⁶ “As partes constroem e narram as suas histórias com um escopo bem determinado: o de justificar suas versões dos fatos de modo a induzir o juiz a acolher suas demandas e a satisfazer suas pretensões. As histórias das partes não precisam ser verdadeiras: tendem a ser convincentes e, se assim forem, podem ser consideradas ‘boas’” (TARUFFO, 2012, p. 236).

¹⁷ Geraldo Prado (2014, p. 43) sublinha o fundamento da distinção entre o processo civil e o processo penal em matéria probatória: “O equilíbrio proporcionado pela atuação defensiva e a disciplina probatória são indispensáveis em um processo penal no estado de direito. Em outras palavras, o processo penal regido pela presunção de



demandas não penais as lacunas do conhecimento primitivo ou crenças básicas podem ser supridas pelo conhecimento circular. Afinal, quem mais se beneficiou do modelo ilustrado não foi o réu acusado de crime? Não foi a valorização da realidade fenomênica e causal o acontecimento que marcou a passagem do *direito penal do autor* para o *direito penal do fato*? (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 30; MESQUITA, 2010, p. 30)¹⁸.

MacCormick reserva à coerência uma função mais apropriada. Ele sustenta que a coerência da narrativa constitui “um teste de verdade ou probabilidade” sobre matéria fática (Apud GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 55). Semelhantemente, Russell (2017, p. 199) afirmara que, embora não possa ser traduzida como *verdade*, a coerência é sinal ou indício de que a crença é verdadeira. Crenças em si mesmas plausíveis tornam-se ainda mais prováveis – não no sentido do probabilismo jurídico –, se ao mesmo tempo forem “mutuamente coerentes”. Segundo o filósofo inglês, “Um corpo de opiniões individualmente prováveis, se forem mutuamente coerentes, torna-se mais provável do que qualquer uma delas seria individualmente. É deste modo que muitas hipóteses científicas adquirem a sua probabilidade [...]”.

Todavia, essa perspectiva só é válida para as situações que comportam narrativas unívocas. E, de todo modo, tal hipótese levaria a dois problemas. O primeiro consiste em que, dada a complexidade dos fatos sociais e das relações intersubjetivas, poucos casos produziram uma única narrativa coerente. O segundo é que não haveria como saber se outras narrativas não poderiam ser oferecidas como alternativas válidas. Se o juiz trazer mais esse dado para a controvérsia, haverá uma ampliação desarrazoada do objeto da discussão, sobrelevando o custo epistêmico do processo.

Essa constatação põe em evidência o que talvez seja o maior equívoco do funderentismo: imaginar que das versões que povoam o processo judicial na prática um único relato coerente possa ser extraído, tal qual ocorre nas respostas dos enigmas que se entrelaçam nas palavras cruzadas. Nesse jogo, as respostas são *pré-definidas* a fim de que sejam necessariamente coerentes umas com as outras. Na averiguação judicial dos fatos, dá-se o

inocência, que se desenvolve no marco do contraditório, nutre-se da necessária disciplina probatória. Na obra citada, sobre *standards* probatórios, Taruffo sinaliza a distinção fundamental entre o processo civil e o penal, neste campo, aludindo ao fato de que neste último estão em jogo as garantias do imputado. Trata-se do fundamento ético do processo penal que, como será visto adiante, justifica a adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos”.

¹⁸ Segundo Gascón Abellán (2010, p. 15-16), o Iluminismo legou ao direito processual a vocação da apuração indutiva dos fatos, como uma reação ao modelo dedutivo e eminentemente litúrgico da prova tarifada. Desde então, a apuração dos fatos e das relações causais passaram a ser o fundamento da aplicação da norma penal.



inverso: cada uma das partes – que detêm a primazia na *proposição* da prova e dos enunciados – busca aportar provas e versões que contradigam as apresentadas pelo adversário.

Em estudo mais recente, Haack (2016, p. 321-322) parece atenuar a assertiva de que as narrativas processuais influem positivamente na fixação dos fatos. Depois de reproduzir as três dimensões de valoração da qualidade das provas – grau de apoio à afirmação, independência das provas e quantidade das provas relevantes –, ela apresentou uma descrição mais objetiva sobre a sua proposta: auxiliar a identificar quais fatores devem ser examinados para determinar a qualidade das provas, assegurar que todas as explicações alternativas foram descartadas e que a melhor explicação foi escolhida e sugerir indícios de quando a afirmação está justificada¹⁹.

Desse modo, o coerentismo – uma das facetas do funderentismo –, a despeito de avultar a importância da participação dos diretamente envolvidos na demanda, não se coloca como uma alternativa aceitável à verificação da correspondência entre a proposição e o fato no âmbito penal. Veja-se que os antigos ordálios, conforme bem o disse Michele Taruffo (2012, p. 20) e Montesquieu (2000, p. 555)²⁰, desfrutavam de racionalidade e legitimidade para a

¹⁹ No original: “Para ser claros: no pretendo ofrecer nada así como una lista de reglas para valorar las pruebas, solo una explicación de qué factores analizar para valorar cuán buenas, o cuán pobres, son las pruebas con respecto a esta o aquella afirmación. No me disculpo por ello; tales reglas, debido a cómo son algunas veces ofrecidas por ejemplo cuando prescriben que debemos buscar fundamentos ‘razonables’, estar seguros de que todas las explicaciones alternativas hayan sido descartadas, elegir la ‘mejor’ explicación, etc., una vez examinadas resultan operativamente inútiles. Tampoco pretendo ofrecer nada parecido a instrucciones sobre cómo justificar sus creencias hacia una audiencia, sino solo sugerir indicios de que esta o aquella conclusión está, a este o aquel grado, justificada o, como yo diría, avalada por las pruebas. Tampoco me disculparé por ello; estar justificado en creer algo es muy diferente a ser capaz de justificar esta creencia a alguna audiencia – y, a diferencia de la primera, que es una cuestión epistemológica, esta última es, en cambio, una cuestión retórica”.

²⁰ Confirma-se passagem do livro do filósofo e jurista francês: “A prova pelo combate singular tinha alguma razão fundada na experiência. Numa nação unicamente guerreira, a covardia supõe outros vícios; ela prova que se resistiu à educação que se recebeu e que não se foi sensível à honra, nem conduzido pelos princípios que governaram os outros homens; ela demonstra que não se teme o desprezo deles e que não se faz grande caso de sua estima: por pouco que se seja bem-nascido, não se deixará normalmente de ter a habilidade que se deve aliar com a força, nem a força que deve concorrer com a coragem; porque aquele que dá importância à honra se terá exercitado durante toda a vida em coisas sem as quais não se pode obter a honra. Além do mais, numa nação guerreira, onde a força, a coragem e a proeza são honradas, os crimes verdadeiramente odiosos são aqueles que nascem da trapaça, da malícia e da astúcia, ou seja, da covardia.

Quanto à prova pelo fogo, depois de o acusado ter posto a mão num ferro quente ou na água fervente, envolvia-se a mão num saco que era selado; se, três dias depois, não aparecesse marca de queimadura, era declarado inocente. Quem não percebe que, num povo exercitado no manejo de armas, a pele rude e calosa não devia receber do ferro quente ou da água fervente uma impressão forte o bastante para que esta aparecesse três dias depois? E, se aparecesse, era uma marca de que aquele que passava pela prova era um efeminado [...].

Pela lei dos turingios, uma mulher acusada de adultério só era condenada à prova pela água fervente quando não se apresentava um campeão para passar pela prova em seu lugar, e a lei dos ripuários só admite essa prova quando não se encontram testemunhas para justificar o acusado. Mas uma mulher que nenhum de seus parentes queria defender, um homem que não podia alegar nenhum testemunho e sua probidade já eram, por isto mesmo, considerados culpados.

Afirmo então que, nas circunstâncias dos tempos em que a prova pelo combate e a prova pelo ferro quente e pela água fervente estiveram em uso, houve tal concordância destas leis com os costumes, que estas leis produziram



época. Nem por isso, produzem conhecimento minimamente objetivo e seguro sobre os fatos a ponto de permitir o controle racional da decisão que acolhe ou rejeita a versão ou uma das versões apresentadas. Verdade seja dita, tanto os juízos por combate como a coerência são fruto do “convencionalismo” (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 26). Outros critérios de idêntica natureza poderiam ser citados, como o acordo e a utilidade (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 38)²¹. Este último, por exemplo, têm lugar nos julgamentos singulares dos juízes norte-americanos nas causas com menor expressão monetária e, de modo geral, o *adversarial system*, e os Juizados Especiais cíveis brasileiros. Os primeiros julgam sem fundamentar e sem maior dilação probatória, tudo para abreviar a solução das demandas. Estes últimos podem julgar com base em uma fugidia e abstrata noção de equidade, ou seja, independentemente dos fatos, com o propósito inconfessável de atropelar a justiça em nome da agilidade.

Não obstante se saiba que a busca das verdades absolutas é uma utopia e que o processo penal deve ser orientado à determinação de hipóteses plausíveis, descabe abdicar de garantias epistêmicas que cerquem a afirmação sobre os fatos com maior grau de confiabilidade. Tais garantias se afiguram necessárias para facilitar a eventual revisão da decisão (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 12 e 37). Se se reconhece, na linha dos pais do empirismo, que a produção do conhecimento sobre fatos passados não é infalível, sendo o juiz incapaz de chegar a conclusões inexoráveis, o processo deve ser dotado de uma densidade objetiva tal que permita o controle racional do juízo de fato para correção de eventuais erros (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 31-33)²². Não se pode partir de um extremo – de infalibilidade do processo – para outro – infalibilidade do juiz²³.

menos injustiças do que foram injustas; que os efeitos foram mais inocentes do que as causas; que contrariaram mais a equidade do que violaram seus direitos; que foram mais insensatas do que tirânicas”. O autor faz uma rica descrição sobre os ordálios no livro vigésimo oitavo, capítulos XIII a XXXVI.

²¹ Damaska (2015, p. 125-127) advoga que o sistema adversarial norte-americano não é estruturado para o esclarecimento dos fatos, mas para a solução de conflitos. Segundo o autor, é mais importante a solução do conflito do que a busca da verdade; o valor da verdade “não pode ser maximizado”; do ponto de vista social, outros valores são relevantes; o processo tem que estar estruturado em relação de equilíbrio; acredita que quem tem que resolver o conflito não pode se permitir sair em busca da verdade histórica, pena de sacrificar a imparcialidade; os instrumentos epistêmicos são admissíveis até o ponto de não atentar contra a equidade.

²² Segundo Gáscón Abellán (2010, p. 31 e ss.), diferentemente da cultura jurídica iluminista, a ciência jurídica e a práxis pós-iluministas apegaram-se a “más tosca y minoritaria epistemología positivista, que, al concebir el conocimiento como un proceso guiado por reglas seguras, confía en la obtención de una certeza absoluta”.

²³ No sistema de direito civil, desfez-se a dualidade verdade objetiva ou material – verdade processual ou formal “por una identificación entre ambos conceptos que se asentaba en una acrítica epistemología realista u objetivista: prueba (o verdade procesal) es expresión o reflejo de la verdad (o verdade objetiva), porque los procedimientos procesales de conocimiento de los hechos proporcionan (o se actúa con la ideología de que proporcionan) resultados infalibles. [No *common law*], la anulación se asienta justamente en lo contrario, en una epistemología subjetivista o constructivista que impugna la idea de conocimiento objetivo: no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada. Con el mismo corolario inquietante: los jueces serían, por definición, infalibles” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 40).



Portanto, o *meio* de obtenção do conhecimento tem que ser racional, ou seja, os passos que precedem à decisão devem ser *passíveis* de serem refeitos.

A censura que se pode irrogar hoje aos ordálios da Idade Média não deriva tanto de sua relação com o sobrenatural, sorte, destreza ou crenças religiosas, características comuns à cultura da época, mas à completa desvinculação com o fato. Sendo assim, grosso modo, o método dos ordálios não é muito diferente do sistema de prova tarifada, do modelo pregado pelo coerentismo e dos sistemas judiciários que atribuem relevância decisiva à retórica, como o já citado “peculiar” sistema adversarial anglo-americano²⁴. Todos eles se baseiam na ideia de que o processo é *constitutivo* da verdade e não *elucidador* da verdade, porquanto suprimem a livre investigação dos fatos e valoração da prova pelo juiz²⁵. Montesquieu (2000, p. 554 e 560) já dizia que “a justiça humana, que vê apenas as ações, tem apenas um pacto com os homens, que é o da inocência”. A justiça divina, ao contrário, “que vê os pensamentos, tem dois, o da inocência e o do arrependimento”. Mais à frente, o magistrado francês e teórico ilustrado afirmou o seguinte: “Ficaremos espantados de ver que nossos pais fizeram com que a honra, a riqueza e a vida dos cidadãos dependessem das coisas que eram menos da ordem da razão do que do acaso, que usaram sem cessar provas que não provavam nada e não estava ligadas nem à inocência nem ao crime [...]”.

Essa problemática também influi na estruturação e ordenação dos *standards* de prova, algo que poderia ter sido explorado de modo mais claro por Susan Haack. A formação do juízo de culpa, nos domínios do direito penal, tem que ser governado pelos fatos. Ou seja, a sentença tem que ser, quanto à realidade que corresponda ao tipo, *descritiva*. Só assim reduzirá a margem do arbítrio. E o fato de a apuração dos fatos sofrer certas limitações impostas pela lei processual obriga a que a averiguação dos fatos seja dotada de maiores garantias (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 50 e 88).

Quem conhece a prática, sabe que as narrativas que as partes aportam aos autos não são enredos completos, mas descrições sintéticas e individualizadas de recortes selecionados da realidade (TARUFFO, 2012, p. 54). Não raro, poucas linhas buscam abranger acontecimentos complexos que se protraíram por horas ou dias. Fora a limitação natural da linguagem escrita e a inserção de pré-compreensões e valorações subjetivas, é difícil crer que relatos parciais sobre

²⁴ E, em certo sentido, “uma prolongação lógica” do modelo de prova legal ou tarifada e do sistema inquisitivo (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 13-14).

²⁵ É um erro pensar-se que o sistema alemão de investigação judicial seja “inquisitivo”, a lembrar o Tribunal da Inquisição da Igreja Católica na Idade Média. Basta recordar que o modelo de investigação judicial é muito anterior ao Santo Ofício, remontando ao século VI.



fatos passados sejam dignos de serem chamados coerentes, no sentido de uma narrativa lógica e dotada de sentido. Conforme afirma Gáscon Abellán (2010, p. 36), as epistemologias subjetivistas abandonam a aproximação da verdade pelo intuicionismo. Com isso, abre-se oportunidade para que a decisão seja povoada das preferências, intuições, ideologias e preconceitos do juiz.

O probabilismo jurídico também está assentado nessa perspectiva, pois modelos estatísticos, quando aplicados para explicar fatos sociais, só servem como arroubos retóricos para provocar impressões nos julgadores e induzir a formação de disposições psicológicas. Não é mera coincidência que essa doutrina lograra espaço no sistema adversarial estadinudense, mais vocacionado a produzir elementos persuasivos que influam no estado mental do julgador dos fatos do que a averiguar o acontecimento em si. Susan Haack, embora crítica do probabilismo, não conseguiu se desvencilhar da influência das epistemologias subjetivas ao reservar ao coerentismo posição ainda relevante em sua doutrina.

6. ABUNDÂNCIA DA BASE DE INFORMAÇÃO

Se é certo que a prova judicial não produz conhecimentos infalíveis, a imposição da pena não pode prescindir de um juízo histórico. Ante essa realidade, como então ter segurança de que a censura penal estará suficientemente justificada pelos fatos? Sabe-se que grande parte dos juristas e filósofos que pregam o resgate do empirismo advoga a sua racionalidade com base na noção de probabilidade epistêmica (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 46). Mas, afinal, quão provável uma hipótese tem que ser para amparar um juízo de culpa? E como mensurar esse grau de confiabilidade?

Essas duas questões – similares àquelas que Gonzáles Lagier (2005, p. 13) reúne sob o rótulo de “problema do conhecimento” – conduzem inevitavelmente à articulação entre contexto de descobrimento (dirigido ao fato) e contexto de justificação (dirigido ao enunciado) (GÁSCON ABELLÁN, 2010, p. 47). São conceitos distintos, mas inter-relacionados. É preciso estabelecer métodos epistemicamente adequados para conhecer o fato e, ao mesmo tempo, critérios para a confirmar a veracidade ou não veracidade da proposição. É neste último contexto que se inserem os *standards* de prova.

É inegável que os estudos epistemológicos não lograram apontar uma resposta consensual, muito menos definitiva, àquelas duas questões fundamentais. Prova-o a enorme quantidade de propostas teóricas existentes, muitas delas inconciliáveis entre si. Seja como for,



há que se reconhecer que teorias coerenciais, puras ou ecléticas, pouco contribuem para deixar o tema menos problemático. Consoante aponta Bernd Schünemann (2013, p. 228-229), do ponto de vista técnico, ao menos três razões demonstram que um modelo baseado na “institucionalização de tese e contra-tese” não oferece condições para produzir conhecimento seguro sobre a realidade a que norma penal empresta relevância: a primeira é que nesse modelo cabe quase exclusivamente às partes, que não têm compromisso com a verdade e, sim, com suas próprias estratégias de atuação e interesses, determinar o conteúdo e extensão das provas produzidas. Ao juiz cumpre a missão de mero árbitro, podendo, quando muito, indeferir determinadas provas consideradas protelatórias, desnecessárias ou ilícitas. A omissão no arrolamento de certa testemunha, a sonegação de documento relevante, a não realização de perícia podem influir decisivamente na determinação dos fatos, de modo que o resultado do processo, ao permanecer à mercê do arbítrio das partes, pode ser facilmente manipulado, inclusive para fins ilícitos ou moralmente ilegítimos.

Além disso, a compreensão pressupõe necessariamente a participação no círculo de comunicação. Ouvir passivamente a inquirição de testemunhas e interrogatórios não garante ao juiz correta percepção do sentido das narrativas. Por fim, a proibição de o juiz indagar acerca de pontos discrepantes ou obscuros acarreta inevitável prejuízo à apuração da verdade material. Segundo Schünemann (2013, p. 244), a função do processo penal é a apuração segura acerca da suspeita de que a norma penal, protetora dos bens da vida mais relevantes, fora violada.

Um modelo de fixação judicial de fatos que logre responder àquelas duas questões fulcrais tem que ser estruturado tendo como referência a seguinte premissa: no âmbito das ciências sociais, o conhecimento é tanto mais seguro quanto mais abundante for a base de informação (SCHÜNEMANN, 2013, p. 229 e 230; ALEXY, 2001, p. 91 e ss.)²⁶.

Susan Haack, a princípio, partilha desse pensamento. Recorrendo à metáfora das palavras cruzadas, as respostas serão tanto mais fiáveis, diz ela, quanto mais entradas estiverem preenchidas. Fundamental, portanto, é a possibilidade de acesso a todos os mananciais de dados sobre o objeto da investigação disponíveis. E não há nada de novo nesta assertiva. Esclarece Larry Laudan que a *independência-multiplicidade* das linhas de provas, critério que vigorou durante quase 200 anos no direito anglo-americano para determinar a existência de certeza moral, identificada com a crença *além de uma dúvida razoável*, correspondia à “célebre regla de la ‘confesión o dos testigos’ del derecho romano y bíblico” (LAUDAN, 2011, p. 178).

²⁶ Para Schünemann, essa assertiva é válida quer sob o prisma do princípio da máxima determinação nas explicações indutivo-estatísticas (de Wolfgang Stegmüller), quer à luz das teorias procedimentalistas.



O resgate desse critério milenar, aliando-o ao método de encadeamento inferencial desenvolvido por Stephen Toulmin²⁷ e retomado por Lagier²⁸ e Taruffo²⁹, apresenta-se como uma via epistêmica mais promissora do que qualquer abordagem que intente prestigiar o arquétipo coerencial. Uma coisa é certa: coerentismo é incapaz de solucionar o conflito subjacente, pois é predatório à noção de justiça por representar um convite à manipulação retórica e desvirtuamento dos fatos. O objeto do processo penal se converteria em um problema apenas de linguagem³⁰.

Como acentua Taruffo, “o contexto processual é um contexto em que se requer a verdade empírica”³¹ e que “a verdade – concordando com Lynch – é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma”³².

CONCLUSÕES

Cumprir enunciar a síntese das principais conclusões deste trabalho:

- i. O funderentismo não está circunscrito ao direito. Trata-se de uma contribuição importante para o conhecimento científico como um todo.
- ii. O núcleo do funderentismo é a *inferência justificada*, que consiste na confirmação ou refutação do enunciado com base na prova e, eventualmente, em fatos secundários e na credibilidade da fonte da prova.
- iii. A teoria de Susan Haack é *integradora e conciliadora*. Em parte material e em parte formal, o funderentismo integra a ideia de processo de partes com uma perspectiva que não repele a interação do juiz com a prova. Taruffo afirma que Haack é representante do realismo moderado ou crítico, o qual se contrapõe ao relativismo filosófico, muito presente nos discursos pós-modernos subjetivistas e construtivistas, que nega por completo a possibilidade de juízos cognitivos de *aproximação* da realidade histórica.
- iv. São três os eixos da teoria: no direito, a determinação dos fatos funda-se em um *juízo* de confirmação acerca da proposição, o qual se forma *segundo as provas*; os *standards* de prova devem ser definidos em função dos graus de confirmação exigidos para cada ramo do direito,

²⁷ TOULMIN, Stephen. **Op. Cit.**, p. 87-135.

²⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Op. Cit.**, p. 53-74.

²⁹ TARUFFO, Michele. **Op. Cit.**, p. 241 e ss. Sobre o tema, v. ainda GASCÓN ABELLÁN, Mariana. **Op. Cit.**, p. 92 e ss.

³⁰ Para uma descrição sobre a função da linguagem e retórica no processo judicial, v. CALHEIROS, Maria Clara. **Verdade, prova e narração**. p. 281-296.

³¹ TARUFFO, Michele. **Op. Cit.**, p. 59.

³² Idem. **Op. Cit.**, p. 102.



ou seja, pela *qualidade* da prova; por prova, compreendem-se tanto os elementos sensoriais como o discurso puramente racional, com *ênfase* na dimensão objetiva.

- v. A metáfora das palavras cruzadas serve para ilustrar a feição conciliadora de sua doutrina. No seu entender, há inter-relação entre os elementos sensoriais e a coerência do discurso na determinação dos fatos.
- vi. Algumas objeções podem ser opostas à teoria de Susan Haack. Primeiramente, a autora produz uma amálgama de teorias sobre *o que é a verdade* em vez de tentar explicar *como conhecer a verdade*, e não esclarece por que a determinação dos fatos será epistemologicamente mais acertada ser for o resultado da junção entre as crenças básicas e a coerência da narrativa.
- vii. Outra objeção afeta uma das dimensões da estrutura procedimental que ela propõe: é preciso reconhecer que muitas vezes não existe apenas uma história coerente, mas várias.
- viii. É um erro afirmar que a preponderância da dimensão objetiva da prova se extrai da leitura dos títulos designativos ou nomes dos *standards* de prova utilizados no sistema anglo-americano.
- ix. A preponderância da dimensão epistêmica não se louva em arranjos linguísticos ou probabilidade de um certo comportamento do juiz. Abebera-se de outra fonte, a saber: é a prova do fato histórico, no sentido *aproximativo*, e não um mero discurso coerente, convenções ou resultados adjudicados unicamente pela distribuição de ônus probatório.
- x. O coerentismo e outras versões teóricas pragmatistas podem ser pertinentes para outros ramos do direito. O empirismo ou conhecimento por contato naturalmente pesa mais nos processos que lidam com o *status libertatis*.
- xi. O maior equívoco do funderentismo talvez seja imaginar que das versões que povoam o processo judicial na prática um único relato coerente possa ser extraído, tal qual ocorre nas respostas dos enigmas que se entrelaçam no jogo das palavras cruzadas.
- xii. Em estudo mais recente, a autora parece atenuar a assertiva de que as narrativas processuais influem positivamente na fixação dos fatos. Se se reconhece que a produção do conhecimento sobre fatos passados não é infalível, sendo o juiz incapaz de chegar a conclusões inexoráveis, o processo deve ser dotado de uma densidade objetiva tal que permita o controle racional do juízo de fato para correção de eventuais erros. Não se pode partir de um extremo – de infalibilidade do processo – para outro – infalibilidade do juiz.
- xiii. Um modelo de fixação judicial de fatos que logre responder às duas questões que compõem o “problema do conhecimento” (Gonzáles Lagier) tem que ser estruturado a partir da



seguinte premissa: no âmbito das ciências sociais, o conhecimento é tanto mais seguro quanto mais abundante for a base de informação.

- xiv. Esclarece Larry Laudan que a *independência-multiplicidade* das linhas de provas, critério que vigorou durante quase 200 anos no direito anglo-americano para determinar a existência de certeza moral, identificada com a crença *além de uma dúvida razoável*, correspondia à “célebre regla de la ‘confesión o dos testigos’ del derecho romano y bíblico”.
- xv. O resgate desse critério milenar, aliando-o ao método de encadeamento inferencial desenvolvido por Stephen Toulmin e retomado por Gonzáles Lagier e Taruffo, apresenta-se como uma via epistêmica mais promissora do que qualquer abordagem que intente prestigiar o arquétipo coerencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- CALHEIROS, Maria Clara. Verdade, prova e narração. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Coimbra: Almedina. Número 10, 2.º Sem. 2008, p. 281-296.
- DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva**. Madrid: Marcial Pons. 2015.
- ESER, Albin. **Jueces legos em el proceso penal: una comparación entre los sistemas inquisitivo y adversativo desde la perspectiva alemana**, 1994. [Em linha]. Freiburg: Universitätsbibliothek Freiburg. [Consult. 8 Set. 2017]. Disponível em <https://freidok.uni-freiburg.de/data/3462>
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**. 3.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. ISBN 978-84-9768-720-1.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. Lima: Palestra, 2005.
- HAACK, Susan. **Evidence and inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. Nova Iorque: Prometheus Books, 1993.
- _____. A foundherentist theory of empirical justification. In (L. J. Pojman, ed.) **The theory of knowledge: classic and contemporary sources**. Belmont: Wadsworth, 1998. p. 283-293.
- _____. **Defending science with reason: between scientism and cynicism**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2003.
- _____. The growth of meaning and the limits of formalism in science and law. **Análisis Filosófico**, vol. XXXIX, 2009.



____ El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In (Carmen Vásquez, org.) **Estándares de prueba y prueba científica**. Madri: Marcial Pons. 2013.

____ **Legal probabilism: an epistemological dissent (2014)**. [Sl.]: Academia.Edu. Disponível em: https://www.academia.edu/20018761/Legal_Probabilism_An_Epistemological_Dissent_2014?auto=download. Acesso em 15 out. 2017.

____ La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. In **Debatiendo com Taruffo**. Madri: Marcial Pons, 2016. p. 311-340.

____ **Curriculum vitae**. Miami: Universidade de Miami. [Em linha]. [2017?a] Disponível em <http://miami.academia.edu/SusanHaack/CurriculumVitae>. Acesso em 28.10.2017.

____ **Susan Haack: a house full of books: philosophy: entrevista**. [17 jul. 2017b]. [Sl.]: The Reading Lists. Entrevista concedida a Phil Treagus. Disponível em: <http://www.thereadinglists.com/susan-haack-reading-list/>

LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. 978-950-741-546-3.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MURCHO, Desidério. In: RUSSELL, Bertrand. **Os problemas da filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2017. p. VII – LXI (Introdução).

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre apena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 11-69.

____ **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RUSSELL, Bertrand. **Os problemas da filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2017.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 978-0-511-06271-1.



VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os direitos e liberdades fundamentais pessoais como barreira “intransponível” na produção de prova penal. In: **Prova penal: estado democrático de direito**. Lisboa: Rei dos Livros, 2015. p. 125-150.